✠

POR DOÑA ELENA GAYTAN POR SI, Y COMO CESONARIA DE DOñA ANTONIA PAVLA DE OZAETA, Y SILVA SU MADRE VIUDA DE D. DIEGO GAYTAN, Y HEREDERA LEGITIMA DE DOñA MARIA DE SILVA.

CON EL CONVENTO DE SANTIAGO DE LA ESPADA DE SEVILLA.



Vplica D. Elena Gaytan, de la sentencia de vista en que se declarò por vacante el arrendamiento del molino que llamã Pelaycorrea, q̃ del se hizo a D. Alõso de la Vega, marido que fue de Doña Maria de Silva, por escritura de arrendamiento de por vidas que passò en primero de Mayo del año passado de 1652. para que el dicho Convento de Santiago, de quien es la propriedad del dicho molino, vse de su derecho como bienes suyos.

2 La conclusion de la suplicacion, es pedir *que sin embargo de la dicha sentencia en grado de revista se mande amparar a la dicha Doña Elena en el vso del dicho molino, y su arrendamiento por los dias de su vida, y quãdo esto lugar no aya que si â, se le conceda retencion por las cantidades, y gastos de las mejoras, y obras que le pertenecen en el dicho molino.*

Las

3 Las dos partes de la conclusion desta suplicacion, son por los dos derechos distintos, que en subsidio el vno del otro à representado en el pleyto la dicha Doña Elena, porque pretende que dure el arrendamiento del dicho molino por los dias de su vida, por averla nombrado a ella la dicha Doña Maria de Silva, y assi por derecho propio de su nombramiento, à introduzido esta pretension.

4 La segunda es, que en caso que el dicho nombramiento no prevalezca, se le conceda retencion por las mejoras, y obras como cessionaria de la dicha Doña Antonia Paula de Ozaeta heredera de la dicha Doña Maria de Silva, por cuyos bienes se deve considerar este derecho, si el nombramiento de vida no subsiste.

5 Para dezir los fundamentos de ambas pretensiones, es preciso referir el hecho, que sin omitir nada de lo sustancial, se dirà con la brevedad possible.

6 El origen deste arrendamiento consta de la escritura presentada en el pleyto por parte del Convento fol. 249. su fecha en 18 de Agosto de 1638. en que parece, que el Convento sacò al pregon para rematar en arrendamiento de por vidas el molino de Pelaycorrea, y los Postores se encendieron tanto en sus emulaciones, que llegaron a poner el molino en setenta y vn reales cada dia, y reconociendo el Convento, que las pujas eran excessivas suspendieron el remate fol. 258. y sin bolver à èl se ajustaron con Alonso Garcia, y Francisca Rodriguez su muger, en darles por dos vidas el dicho molino en quarenta reales cada dia.

7 Durò poco este contrato; porque executado Alonso Garcia por el Convento, opuso la excepcion de lesion enormissima, pidiendo se anulasse el contrato, ô se rescindiesse reduciendolo a su justo valor.

8 Y en este pleyto provò dos cosas Alonso Garcia. La primera, *que el justo valor del molino eran veinte y dos reales cada dia, y no mas.*

9 Y la segunda, *que el dicho molino no tenia piedras suficientes, y que fue necessario hazer dos asientos, y piedras nuevas, y que lo fue tambien hazer casa, porque no la tenia, y que la fabricò el dicho Alonso Garcia sacandola de cimientos, y hizo cavallerizas, y pajares,* que todo se tasò en 59U717. reales.

10 Estas dos cosas, el valor de la renta, y la fabrica, y valor de las mejoras se confiessa por el Convento, repetidamente en dos instrumentos distintos, presentados ambos por su parte.

11 El vno fol. 266. que contiene la transaccion, que del dicho pleyto se hizo, entre el Convento, y Alonso Garcia, en que se le dio vna vida mas reduziendo el precio del arrendamiento de quarenta à treinta Reales cada dia el Convento, y renunciando el dicho Alonso Garcia las dichas mejoras. Tiene su fecha este instrumẽto en 7. de Iunio de 1641.

12 El otro instrumento està por cabeça destos autos, y es la escritura que en primero de Mayo de 1652. otorgaron el Convento, y Don Alonso de la Vega, que fue marido de la dicha Doña Maria de Silva, en que como està dicho haze el dicho Convento la misma relaciõ añadiendo que se avia causado segundo pleyto, pretendiendo el dicho Alonso Garcia que tambien avia sido engañado enormissimamente en la dicha transaccion, y aviendo muerto durante el litigio, y sin nombrar cedieron el derecho, que tenian, la viuda, y herederos del susodicho al dicho Don Alonso de la Vega en cuya cabeça puso el Convento las casas para que corriessen por su vida y otras dos, con que el que subcediesse en la tercera vida pagasse quatro reales mas cada dia, y el dicho Don Alonso en virtud de la dicha cesion renunciasse las dichas mejoras.

13 Las clausulas que tocan respectivamente à ambas pretensiones son las siguientes.

14 La primera fol. 9. B. que dà la facultad de nombrar dize: *y por los dias de la vida de un hijo, ò hija heredero, ò heredera, ò otra qualquiera persona que el susodicho nombrare, y señalare en su testamento, ò fuera del por escritura publica aparte sin que baste ser heredero &c.*

15 La otra clausula se halla repetida en varias partes desta escritura; Pero expressando las mejoras fol. 18. dize, *que las renuncia para que en todo, y en cada cosa dello subceda el dicho Convento, y quien causa suya huviere desde el dia que las dichas tres vidas sean fenecidas y acabadas en adelante para siempre.*

16 No viviò año cabal sobre este contrato Don Alonso de la Vega, y entrò en la segunda vida deste arrendamiento Doña Maria de Silva su muger, por nombramiento que està en el pleyto fol. 202. su fecha en 10. de Enero del año passado de 1653.

17 Todo este hecho consta instrumentalmente, lo demas se reduce a probanças, porque el caso es averle dado accidente a la dicha Doña Maria de Silva, de que se le ocasionò la muerte. Pretendese aver nombrado la tercera vida, porque el nombramiento se averigua con onze testigos, y dexando al justissimo examen, y censura eminente de la Sala, el credito de las provanças, devo sin embargo referir en sustancia lo que deponen los testigos para poder ajustar los fundamentos legales, en que consiste la defensa desta parte, de q̃ se formarà el capitulo primero deste informe, y el segundo serà del derecho de las mejoras.

CAP. I.

Del nombramiento en la tercera vida en el arrendamiento del molino de Pelaycorrea.

18 NO se duda de la gravedad del achaque que padecio Doña Maria de Silva; Pero de sus qualidades, y circunstancias dizen los dos medicos que assistie-

tieron a su curacion fol.47.y fol. 50. ratificados fol.113.y fol.120. B. que aunque ponderan el mal convienen ambos, *en que la suspension que padecia la enferma era con el crecimiento, de la calentura de la qual suspension estava libre no teniendo el crecimiento*, y en este estado se hallò el Sabado por la mañana 19. de Diziembre de 1671. años, y contestan estos dos medicos, y otros nueve testigos, *en que estava en todo su juizio, y voluntad entera, y buena memoria.* Y lo dizen con tales circunstancias, y specialidades que no dexan duda en el articulo.

19 Estando pues la enferma en su entero juizio, y voluntad cabal, Iacinto de Medina Escrivano publico que ocurrio alli, le preguntò *si queria hazer testamento*, y dixo, *que si, y nombrò entierro, y que le dixessen las Missas que se pudiessen*, y preguntandole a quien queria nombrar en los dos arrendamientos de los dos molinos que tenia de por vida, que vno es el de Pelaycorrea contenido en este pleyto, y otro llaman de Torre blanca, cuya propriedad es del Convento de Santa Ines desta Ciudad, respõdio con palabras expressas, y claras: *Que en el molino de Pelaycorrea nombrava a Doña Elena Gaytan su sobrina, y a Doña Marina de Vera en el de Torre blanca.* Y bolviendole a instar en la pregunta respõdiò, *que ya avia dicho, que nombrava en el vn molino a la vna, y en el otro a la otra.* Del nombramiẽto expresso dizen siete testigos contestes, y otros quatro de la repeticion, que hizo de que ya avia dicho que nombrava en el vn molino a la vna, y en el otro a la otra.

20 Probança tan llana se ha querido turbar con el dicho del dicho Escrivano publico que se presentò por parte del Convento en 22. de Iunio del año passado de 1672. fol. 95. B.

21 Este testigo aunque conviene en que huvo nombramiento, confunde el hecho, y contra lo que deponen los onze testigos de que estava en juizio cabal, y

bueno, y que hablava con todos, quiere dezir lo cõtrario, y lo que mas es, que aviendose alegado, y articulado por parte de dicha D. Elena Gaytan, *que la causa q̃ tuvo, y manifestò el dicho Escrivano para no ordenar el testamento de la dicha Doña Maria de Silva fue; porque ella nunca quiso instituir heredero, y sin embargo de las muchas instancias, que se le hizieron al dicho Escrivano publico, insistiò en su dictamen: Pero respondiendo que el nombramiento de los molinos era cierto, y siempre diria por testigo lo que avia passado, para lo qual hizo a vn hijo suyo que escriviesse la memoria*, que esta en el pleyto fol. 131. en que se halla expresso el dicho nombramiento segun, y como la enferma lo hizo, buelto a examinar en 25. de Noviembre de dicho año fol. 132. niega el aver dictado la dicha memoria, y Felix Theodoro su hijo, dize que se la dictò Don Iuan Soberanis.

22 Pero Don Martin Bueno Caro de Bohorques, Don Iuan Soberanis, Don Carlos de Trusios y Vera, Don Francisco de Silva, el Padre Fr. Iuan de Alvarete, Sacerdote de la Orden de San Francisco, y Geronimo Martin de Ortega, que son seis testigos examinados desde fol. 134. hasta fol. 144. Convencen claramente esta negativa, y calumnia contestando todos seis en la verdad de que deponen, que fue *el aver dictado la dicha memoria el dicho Escrivano Publico a su hijo que la escrivio, y que la causa fue el dezir el dicho Escrivano que no podia ordenar testamẽto sin heredero; Pero que lo que alli avia passado era cierto, y que siempre lo diria por testigo, y para ello dictò, y hizo que se escriviesse la dicha memoria.*

23 Convencese tambien la deposicion del dicho Escrivano Publico, y el aver querido mantener su dictamen, y que quiso que viniesse Iuez para el otorgamiento del dicho testamento, y que vino el Teniente Don Tomas de Oña, y que por no hallar capaz a la enferma no se hizo el testamento, con que confunde los tiempos el di-

cho

cho Escrivano Publico, y se convence como està dicho con el informe que por mandado de la Sala hizo el dicho Teniente, y està fol. 206. en que cuenta el caso como ello sucedio, y como està probado con Miguel de Medina Escrivano del Iuzgado del dicho Teniente, y con otros muchos testigos, que aunque es verdad que embiaron à llamar al Teniente por la mañana no pudo ir à esta diligencia por las ocupaciones de su oficio, y especialmente, por ser en ocasion que entrava en visita de carcel el Asistente, y serle forçoso al Teniẽte el asistirle a la visita que se acabò a la vna del dia: con que quando fue a casa de Doña Maria de Silva estava en su mayor crecimiento la calẽtura, como està probado plenamente.

24 Deforma que la probança de la disposicion de Doña Maria de Silva a las 9. de la mañana el dicho dia Sabado 19. de Diziembre, estando en todo su Iuizio, memoria, y entendimiento esta probado con todos los onze testigos que se han referido, y la suspension que sobrevino con el crecimiento a la vna del dia se ajusta con la mesma probança, y con el informe del Teniente, y dicho de su Escrivano.

25 Pretendese por esta parte que en terminos de la clausula del contracto que queda trasladada *arriba n.* 14. tiene nombramiento legitimo en el mayor rigor de la clausula para gozar por su vida el molino. Porque el pacto no fue para mas que para quitar aquella question de derecho, si aun que no huviesse nombramiento sucedia el heredero en el arrendamiento, ò bien para entenderse por nombrado. *arg. text. in. l. 4. C. de contrah. vel commit. stip.* de quo longius Cald. Pereira *de nominat. lib. 2. q. 7.* plures, & plura apud Hermosil. *in l. 7. ad glos. 5. & 6. n. 3. tit. 4. p. 5.* ò para considerarse transmisible al heredero la facultad, y por ella que pudiesse hazer el nombramiento que no avia hecho la persona de quien es heredero. *Ex l. illud aut illud 19. ff. de option. legat. l. si stipulatus fuerim. 76. ff. de verb. oblig.*

oblig. vt resoluit Burgos de Paz *in l.* 1. *Taur. n.* 428. Y assi dize la clausula: *sin que baste ser heredero*, &c.

26 Pero la facultad es para nombrar *por testamento, ò fuera del por escritura publica*, que es lo mismo que dezir, *vt possit nominare tam in vita, quam in morte*, como por estas mesmas palabras hablando de los arrendamientos de por vida en Sevilla, y de la facultad para nombrar en esta clausula, lo testifica, y dize el señor Don Iuan del Castillo (como quien juzgo tantos pleytos desta calidad en esta Real Audiencia) *Quotidian. controv. lib.* 5. *c.* 80. *n.* 4. *versic. secundo deinde*. Y en el *num.* 34. con Caldas Pereira, y Valaco, y Flores Diaz de Mena resuelve, que segun la alternativa de la clausula, el nombramiento de vida se juzgarà ò por reglas de contracto, ò de vltima voluntad segun se avia hecho *Hac namque nominatio sapit naturam vltima dispositionis, & inter vivos*, dezia Peralta *in l. vnum ex familia.* §. 1. *n.* 8. *ff de leg* 2. Y aunque se requiera escritura, tambien se pudiera probar el nõbramiẽto por testigos ex his quos sequitur Hermos. *vbi supra n.* 39. & vltra eos Angul. *de meliorat. in l.* 6. *glos.* 3. *ex n.* 2. donde en terminos de la ley 22. de Toro que requiere escritura para que valga el pacto de no mejorar a los hijos, defiẽde que se cumple con probança æquipolente. Vtcumque la facultad es de nombrar por testamento, ò fuera del por escritura.

27 Y puesto q̃ desta alternativa puede vsar el que tiene semejante facultad, y que el nombramiento hecho por vltima voluntad valdrà como el que se hiziere por escritura, serà toda la duda deste negocio, y question del, si fue perfecta la vltima voluntad de Doña Maria de Silva segun la probança que se ha referido?

28 Y la resolucion de la duda està en el texto *in l. si is qui testamentum* 25. *ff. qui testam. fac. poss.* cuya sentencia se compone de tres respuestas de varios jurisconsultos, porque Servio respondio, que era nulo aquel testamento

en

en que el testador enmudecio, y perdio la habla, estandole haziendo, antes de expressar los segundos herederos, y assi dixo que los primeros no tenian derecho por la institucion. Labeon pensò que esto era verdad, si constava que el tal testador avia querido instituir mas herederos. Y Javoleno dixo, que es sobrada esta nota, y que Servio no pudo sentir otra cosa. La conclusion comun que todos los interpretes sacan deste texto es, que si el testador començò a testar, y aviendo hecho varias disposiciones no procedio a mas, el testamento es perfecto en lo dispuesto: pero si constasse que queria hazer mas disposiciones, no son perfectas las que començò. Sic Bartolus, Baldus, & Albericus *in d.l. si is qui testamentum*. Y es comun opinion; de qua Antonius Gomez *in l.3. tauri. n.* 105. Y Paulo de Castro tuvo por singular este texto, y de Iuan de Imola notò Peralta *ibidem n.* 41. por estas palabras la singularidad; *vt ibi notanter declarat Ioannes de Immola, singularitas decisionis illius legis versatur circa hoc, quod vt tale testamentum imperfectum ex defectu voluntatis vicietur, tanquã captum, & non perfectum, opportet, quod constet, & probetur testatorem vltra per eum disposita in eodem testamento voluisse ad alia disponẽda procedere.* Y vltra de los antiguos añadio Peralta. *n* 43. otra singular declaració limitatoria, que este nombre le pone al margen; y es quando se duda si quiso, ò no proceder adelante el testador, que en lo hecho se tiene su disposicion por perfecta; Pero ambas proposiciones prueba con el mesmo texto Antonio Gomez, y por lo que sobre èl dixeron Paulo de Castro, Immola, y Aretino sic ait *dicto n.* 105. *quod intellige quando expresse constaret, quod testator volebat alia disponere, addere, vel detrahere, quia tunc est imperfectum ratione voluntatis, & ideo non valet, sed in totum vitiatur;* secus *tamen in dubio quando de hoc non constaret, quia testamentum valeret, & censeretur perfectum, & consummatũ.* Impensè hæc el señor Don Iuan del Castillo (vt moris eius)

quotidian.controverſ.lib.4.cap.21.

29 Serà pues opus, & labor, el probar la perfeccio desta diſpoſicion: Para lo qual ſuponiẽdo por cierto en nuestro derecho de Eſpaña la derogacion del texto *in §. ante haredis inſtitutionem 35. inſtitut. de legatis*, y demas diſpoſiciones del derecho comun, por el texto *in l.1.tit.4 lib. 5.recopil.* que no tiene por neceſſaria la inſtitucion de heredero para la validacion del teſtamento, que los antiguos la tuvieron por cabeça, y preciſo fundamento del, no aſsi el derecho Caſtellano: debo tambiẽ ſuponer para los terminos deſte pleyto la diſtincion de vn Abogado inſigne â quo hanc mutuavi defenſionem, y es Tello Fernandez *in l.3.Tauri.2.p.n.19.* donde tratando de la miſma queſtion, y eſpecie del texto *in d.l. ſi is qui teſtamentum.* aſentando por llano que en el caſo de conſtar, que el teſtador queria hazer mas diſpoſiciones, no ſe puede dudar de la imperfeccion por razon de voluntad; en el ſegundo caſo *in quo ſtat difficultas*, Baldo pone vna regla magiſtral *quod non praſumitur, teſtamentum imperfectum ratione voluntatis, ſed quod alleganti imperfectionem, incumbit probatio.* Sintio Tello Fernãdez que eſta doctrina peligrava por ſu generalidad, y aſsi hizo diſtincion del teſtamẽto por eſcrito, y del nuncupativo, en el primero, claro es que mientras no eſtâ acabada la eſcritura, y, ò la previene, ò comiença el teſtador, y no la acaba no ſe puede llamar teſtamento ſu diſpoſicion *l.ex ea. ſcriptura 29. in principio.ff. qui teſtam. fac.poſſ. cum vulgatis.* Pero ſi el teſtamento fue nuncupativo, pende todo de la depoſicion de los teſtigos, que digan lo que diſpuſo, y que no procedio a mas, y vale lo que diſpuſo. Con eſta reſolucion paſſa el ſeñor Caſtillo *d.c.21.ex.n.58.*

30 Y ſiendo la cauſa el motivo principal de la controverſia de Authores ſobre eſte punto *el conſejo* de Oldrado 119. la ſumma de todo lo reſuelto por los Authores de vna, y otra opinion, es que ſi el teſtador llamò al Eſcrivano

no, y quiso testar por escrito, si antes del otorgamiento sucede la muerte, la voluntad es imperfecta, pero sino llamando el testador al Escrivano, ni mandandolo llamar, sino que ocurriò alli por diligencia de los que pretendian ser herederos, como està probado plenamente, que sucedio en nuestro caso, falta la razon de dudar que tuvo Oldrado, y sus sequaces, y totalmente faltan los terminos de su question, porque ni el testamento nuncupativo necessita de escritura, ni aunque para esto llame al Escrivano el testador, y lo que mas es aunque la escriptura fuera defectuosa en solemnidades certissima conclusion de los antiguos defendida por el señor Presidente Cobarrubias, *in c. relatum el 1. n. 19. de testam.* que vale el testamento nuncupativo por la probāça *ex perfectione voluntatis*, aunque falte la solemnidad en la escriptura, *Ex quibus* (cōcluye) *vel admitenda non est hac argumentatio: Testator notariū ad testamentum scribendū vocavit: Ergo necessario scripturam ita exigit, vt aliter testari noluerit: vel procedit vbi ex certis quibusdam coniecturis expresse constat, hanc fuisse voluntatem testatoris, non aliter testari, neque perfectum senceri testamentum, quam per scripturam a notario in forma publica confectam, & ordinatam.*

31 Y aunque bastava la autoridad del señor Presidēte Cobarrubias, vno vel altero Iure vellim defensionem hanc munire. Primò *ex l. Lutius Titius. 40. in principio ff. de testam. militis.* de aquel testador que dictò por notas la escriptura de su testamento, y antes que por letras se escriviesse, murio: se executa su voluntad, *si hoc ita subsequutū esse, legitimis probationibus ostendatur*, y parece que avia sido voluntad del testador, el que se hiziesse escriptura, y todavia basta la probança plena de su voluntad nuncupativa. Melior textus *in l. Pāphilo 39. §. 1 ff. de leg. 3.* que parece se ajusta a los terminos rigurosos deste pleyto porq̄ el testador estava *in discrimine vita*: manifestò que queria dexar vnos predios *qua nominasset*, à Gayo Seyo, y pregū-

tandole despues si era cierto que assi lo avia dicho, y si erã los predios que avia de nombrar los que se le preguntavã, respõ dio en Griego, lo que buelve en *maximè* el Consulto, y dize que sobre esta voluntad *nec dubitandum est.* Texto que con ponderacion para semejantes nombramientos en las emphyteusis pondera con toda la escuela Caldas Pereyra *de nominat. emphyt. lib. 2. quæst, 1. n. 9* sin que en nuestro caso aya la question del *Vellèm, ò quisiera,* en que prosigue discurriendo Caldas, porque igualmente onze testigos contestan en el nombramiento, y que lo hizo, y dixo clara, y expressamente, quãdo fuera bastãte q lo huviera pronũciado *etiã in articulata voce* la dicha D. Maria de Silva textus *in l. labeo. 7. in fine ff. de supelect. legat.*

32 Y el mesmo texto *in d. l. Panphilo* 39. §. 1. satisface a la duda que tambien à querido levantar en este pleyto la otra parte, sobre si fue esta voluntad por interrogacion, porque nada mas comun que la opinion de la glosa *in l. iubemus. §. opportet. verbo quemad modum. C. de testam.* Que siguẽ innumerables Authores estrangeros, y del Reyno que cita, y sigue el señor Don Iuan del Castillo *d. lib. 4 c. 27. n. 54 & sequentibus.* Y con la misma autoridad de la glosa *en el n. 59.* satisface al reparo injusto que el Escrivano hizo como està probado de que a êl solo le tocava el interrogar à la testadora. *sententiam namque glossæ procedere ex sententia communi* (ait D. Castil.) *sivè testator interrogatus fuerit a Tabelione, sivè interrogatus ab extraneo, & consequenter testamentum etiam ad privatæ personæ interrogationẽ scriptum, & cõditum, validum est.*

33 Y nada importa que el dicho Escrivano publico diga en su dicho que le parecio que no estava capaz la testadora, porque se convence con los onze testigos que hã dicho en la probança contestes todos, en que estuvo en su juizio, y capacidad la dicha Doña Maria de Silva aunque muy agravada de la enfermedad *sed tunc integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est,* ait jureconsultus *in l.*

2 *ff. qui testam. fac. poss. l. 3. C. eod.* y como la presuncion, *de mente sana proveniat à natura*, vt aiunt *DD. in l. nec codicillos. 5. per textum ibi. C. de codicil.* Assi prefiere la probança de que estava capaz la testadora, aunque fuera numero muy inferior de testigos, ex multis quos laudat D. Castil. *d. lib. 4 c. 28. n. 24 & 25.* quibus aliquos addit Noguerol *alegat. 25. n. 71.* donde omitio otra cita mas dilatada del señor Don Iuan del Castillo *d. lib. 4. c. 22. ex n. 91.* que habla aun en concurso de probanças iguales, y aun de menos testigos *pro sana mente:* Quibus standum est, maximè ayudados de las deposiciones de los medicos, quibus plena fides conforme al texto *in l. semel. 6. C. de re militar. lib. 12.* Budel *de re numaria. lib. 1. c. 27. n. 5.* Amaya *in l. 2. n. 16. C. de iure fisci lib. 10.* & vel illo Horatij: *Quod medicorum est, promittunt medici: tractant fabrilia fabri* Y como professores dan razon muy conforme a las reglas de su arte, que es que la suspension que padecia la enferma era en el crecimiento de la calentura, y en su declinacion quedava capaz, y con entero juizio, siendo efecto del crecimiento la suspension por la vehemencia de la fiebre *ex elevatione calidorum vaporum ad caput.* vt loquitur Paul. Zachias *q. medicolegal. lib. 2. tit. 1. q. 3. n. 16. vers. advertendum.* Y para la verdad de la deposiciõ destos medicos se deve ponderar, no solo el conocimiento que tenian del achaque puesto que ambos la curaban, sino la assistencia *tunc temporis.* idest, quando hizo su testacion nuncupativa la enferma, pues se hallaron presentes estos dos testigos medicos, como los otros nueve que contestan con ellos en sus deposiciones.

34 Manet ergo firmum (nisi mea me fallit spes) que en lo riguroso de la clausula, de qua *supra n. 14.* debiendo ser el nombramiento por testamento, ò por escritura scilicet *in vita vel in morte*, vt dictum est anteà *n. 26.* dandose voluntad nuncupativa (testamẽtum perfectũ) y en ella nombramiento de vida, se à cumplido con el rigor

de la clausula. Y como està probado todo este pleyto se à causado de la ignorancia crasa del Escrivano publico en aver pensado que no podia aver testamento sin heredero, que à no entenderlo assi, el huviera admitido el otorgamiēto, pues no avia razon para lo contrario. No pues à de pagar la dicha Doña Elena el error del Escrivano, nisi aliò sit imputandum.

CAP. II. De las mejoras.

35 MVcho mas aplicables son las palabras que referirè de Carocio a los inquilinos vitalicios en Sevilla que a los de su Region. ait ergo *tract. de locat. q. 6 in parergon. n. 22. fol. mihi 61.* sic: *caveant boni DD. iudices, vt compatiantur laboribus eorum, quorum familias extirpant domini prædiorum.* Porque como en este suelo no se hallan apenas predios rusticos, y vrbanos, que sus propriedades no pertenezcan a obras pias, y este tan introducido este genero de arrēdamiētos de por vidas, innumerables caudales se cōsumē en mexoramiētos de los tales predios, quedando pobres los inquilinos, y ricos los señorios. vtinā hæc non ita vera? Sed experto Domine crede Ruperto: vt est in Proverb.

36 En quanto al hecho en este punto por la mesma visita que en esta instancia se ha hecho, consta que montan las mejoras 63ꝟ674. reales, y los pertrechos 7ꝟ921, reales, y todo monta 71ꝟ595. reales, como consta fol. 238. y siguientes hasta fol. 245. Pero tambiē ajustā los reparos, de q̄ necesita el molino en 28ꝟ900. rs.

37 Y reconociendose notoriamente en presencia de las partes, que aquellos reparos se avian causado en los veinte meses que ha, que murio la dicha Doña Maria de Silva, le fue preciso a la dicha Doña Elena hazer peticion en esta instancia desistiendose de la prueba que se le avia concedido, y concluyendo difinitivamente, por de-

zir

zir que con al mal trato que se le dava el molino, se avian causado estos reparos que podia temer se aumentassen mucho mas si se dilatava el pleyto, con lo qual el sucesso aunque fuesse favorable, le seria perjudicial, segun el estado que tuviesse el molino. Con que de pedimiento desta parte, y consentimiento de la otra, quedò el pleyto concluso en revista.

38 La calidad de las mexoras consta de los instrumentos de que se ha hecho mencion, y se refieren en la visita que son asientos, y piedras, casas qee se sacaron de cimientos, cavallerizas, y paxares, que nada desto tenia el dicho molino, y despues el rodezno, y demas pertrechos que se declaran en la visita. Nadie á negado la repeticion destas mexoras al inquilino *ex l. dominus horreorum.* 55. §. 1. *l. Colonus.* 61. *in princ. ff. locat.* Pero es de los mesmos textos la limitacion en que de contrario se pretende poner la resolucion deste pleyto: *si lege locationis non esset comprehensum.*

39 La qual limitacion no se ajusta a los terminos deste negocio; Porque no huvo convencion de hazer semejantes mexoras: Lo que ay es aver prorogado el arrẽdamiento, renunciando el inquilino las mexoras: Pero la renunciacion (se dixo *arriba n.* 15. y cõsta de la escritura) fue, *para que el Convento goçasse de dichas mexoras, y suceda en ellas desde el dia que las dichas tres vidas sean fenecidas, y acavadas en adelante para siempre jamas.*

40 Falta de las tres la vltima vida deste arrendamiẽto, y (sin perjuicio de lo discurrido en el primero capitulo deste informe) si falta el nõbramiẽto de la tercera vida, serà la questiõ si en este caso se hã de perder estas mexoras? Porque no es dubitable que no à llegado el tiempo de suceder en ellas el Convento, pues no estàn acabadas las tres vidas; como expressamẽte dize la clausula, y fue el pacto. Pero dira el Convento que no viene en consideracion este daño pues por su defecto le tuvo Doña Maria de Silva.

l.

8

l.quod quisque 203 *ff.de regul.jur.* cum vulgat.

41 Pero ni el rigor de derecho impide, ni su equidad permite, que por falta de nombramiento de la tercera vida el Convento se quede con tales mexoras. Para lo qual es de advertir la diferencia dellas por su grandeza, y gasto a las que podia hazer el inquilino solo en la conservacion del molino que se le arrendò. Porque en el emphyteuta que en mucho se asimila al inquilino vitalicio, esta diferēcia es conocida, y en caso de obras como las que se han hecho en el molino deste pleyto aun en terminos de acavarse la emphyteusis por comisso, y culpa del inquilino en no aver pagado la renta al dueño, no se deve quedar con el valor de tales mexoras, que son las mesmas, que resolviendo la question puso Cald. *de emphyt. extinct. lib.* 4. *c.*10.*n.*49. por estas palabras: *veluti si emphyteuta novas construxerit in fundo emphyteutico mãsiones urbanas, aut rusticas, diatas, hypocausta magni sumptus, & laboris.* Y vâ specificando algunas obras, y edificios, y entre ellos *molas frumentarias.* Y con todos los textos de la materia ajusta esta distincion de mejoras, quam antea multi, presertim Garcia *de expens.c.*11.*n.*12. *&* 13. siendo resolucion cierta, q̄ la culpa por el comisso no puede quitar el derecho destos gastos. Pinel. *in l.*2.2.*p.c.*3.*n.*9.*C.de rescind. vend.* Valasc. *de iur. emphyt.q.*25.*n.*3. Garc. *ubi proximè c.*14.*n.*12.

42 Pues si se pretende averse acabado este arrendamiento no por culpa, ni comisso, sino por no aver nombrado la tercera vida Doña Maria de Silva, sino se quiere tener por nombramiento nuncupativo testamentario el q̄ delāte de tantos testigos hizo, no ay razon para que el Convento quiera llevarse antes de cumplidas las tres vidas mejorado el molino, contra la razon tan natural como civil, *vt cum alterius jactura nemo locupletetur.* text. *in l. nam hoc natura.*14.*l. hac conditio* 66.*ff.de cond.indeb.* y deste principio tan elemental en ambos derechos *l. iure natura.*206.*ff.de regul.jur.c.locupletari.eod.tit.lib.*6. se

va-

valio Paulo I.C. *in l. plane.* 38. *ff. de petit. har.* para decidir la misma questiõ en pũto de mejoras no hechas cõ buena fee, sino por vn predon. & ait: *sed benigniùs est, in huius quoque persona haberi ratione impẽsarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrũ facere.* Quod nec apud ethnicos Cic. 3. *offic.* Terent. in Andr. *act.* 4. *scen.* 1.

43 Y diziendo el Consulto *in d. l. planè* que, *& id ipsum officio iudicis continebitur*, ya que el Convẽto repugna la paga destas obras, y pudiendo salir tan facilmente deste pleyto consintiendo el nombramiento, que hizo Doña Maria de Silva, no seria la primera vez, que en esta Real Audiencia, aun faltando totalmente nombramiento, aunque avia facultad para nombrar, se aya resuelto que el señorio nombre interesado compensando con el nombramiento el derecho de las mejoras, como se decidiò en el pleyto de los herederos de Francisco Lineta con el patronato de Isabel Nuñez, y en el pleyto del Patronato de Iuan de Messa con Don Alonso de Mendoza. Y siendo lo mesmo no nombrar el que tiene facultad para ello, que nombrar a su alma, pues por immortal, no le dava vida finible, por lo qual el nombramiento es nullo. Alvar. Valasc. *consult.* 193. ofreciendose el caso en esta Real Audiencia, se tomò arbitrio de reducir a sugeto viviente, y mortal el nombramiento, mas por la razon de equidad, que por las demas que trae el señor Castillo *quotidian. controv. lib.* 4. *c.* 13. Y en terminos aunque aya pacto de q̃ acabadas las vidas buelva el fundo al señorio, si està mejorado, se deve renovar, ò prorogar la emphyteusis por la equidad del texto *in l. fin. C. de allubion.* Gam. *decis* 41. *n.* 8. longius, & latissimè Brito de *locat. & conduct.* 2. *p. Rubric.* §. 3. præsertim ex n. 32. donde pone la question en terminos de comisso, y tambien *ob defectum nominationis*, que es lo que se nos opone, y siempre defiende la repeticion de las mejoras por el inquilino contra el dueño de

 la

la propriedad. *maximè* (dize) *quando sunt ædes, mola frumentaria, muri, & cætera huiusmodi.* que parece trasladò las deste pleyto, por las quales es el derecho cedido por la heredera, caso que el del nombramiento no aya lugar en que speremos obtener, ex dictis tanti Senatus superiori iudicio submissis. Sevilla 30. de Setiembre de 1673.

Lic. D. Francisco Ortiz de Godoy.